

AUTORREGULADOR DEL MERCADO DE VALORES DE COLOMBIA - AMV -

TRIBUNAL DISCIPLINARIO

SALA DE REVISIÓN

RESOLUCIÓN No. 8

Bogotá, D.C. 10 de junio de 2011

NÚMERO DE INVESTIGACIÓN: **01-2010- 141**
INVESTIGADO: **JAIRO PUERTO MELÉNDEZ**
RESOLUCIÓN: **SEGUNDA INSTANCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por JAIRO PUERTO MELÉNDEZ contra la Resolución No. 1 del 4 de febrero de 2011, por la cual la Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario de AMV le impuso una sanción de expulsión, en concurrencia con una multa por valor de veintidós millones cuatrocientos veintiséis mil quinientos cincuenta y seis pesos (\$22.426.556.00), por el incumplimiento de los artículos 1266 del Código de Comercio; 36 literal A) del Reglamento de AMV, vigente hasta el 6 de octubre de 2008, 36.1 del Reglamento de AMV, vigente desde el 7 de octubre de 2008, y 5.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia.¹

1. ANTECEDENTES GENERALES DE LA ACTUACIÓN

¹ - **Artículo 1266 del Código de Comercio:** "El mandatario no podrá exceder los límites de su encargo.

Los actos cumplidos más allá de dichos límites sólo obligarán al mandatario, salvo que el mandante los ratifique.

"El mandatario podrá separarse de las instrucciones, cuando circunstancias desconocidas que no puedan serle comunicadas al mandante, permitan suponer razonablemente que éste habría dado la aprobación".

- **Artículo 36, literal a) del Reglamento de AMV, vigente para la época de los hechos, hasta el 6 de octubre de 2008:** "En el desarrollo de la actividad de intermediación de valores, los sujetos de autorregulación deberán observar en todo momento los siguientes deberes, sin perjuicio de los demás establecidos en este Reglamento y en la normatividad aplicable:

a) La conducción de los negocios con lealtad, claridad, precisión, probidad comercial, seriedad y cumplimiento, en el mejor interés de la integridad del mercado y de las personas que participan en él (...).

- **Artículo 36.1 del Reglamento de AMV, vigente para la época de los hechos, desde el 7º de octubre de 2008:** "Los sujetos de autorregulación deben proceder como expertos prudentes y diligentes, actuar con transparencia, honestidad, lealtad, claridad, precisión, probidad comercial, seriedad, cumplimiento, imparcialidad, idoneidad y profesionalismo, cumpliendo las obligaciones normativas y contractuales inherentes a la actividad que desarrollan".

- **Artículo 5.2.2.1. del Reglamento General de la Bolsa de Valores de Colombia, vigente para la época de los hechos:** "Las personas vinculadas a las sociedades comisionistas de bolsa deben asegurar que las obligaciones impuestas por las normas legales a ellas y a las mencionadas sociedades sean observadas, así como aquellas emanadas de las autoridades de control y vigilancia y de la Bolsa."

El 11 de mayo de 2010 AMV inició el proceso disciplinario No. 01-2010- 141 contra Jairo Puerto Meléndez, funcionario vinculado a la sociedad comisionista BBBB S.A. para la época de ocurrencia de los hechos investigados, para lo cual le envió una solicitud formal de explicaciones, bajo la consideración preliminar de que el investigado habría vulnerado las disposiciones ya enunciadas en esta Resolución.

El señor Puerto Meléndez presentó respuesta a la solicitud formal de explicaciones mediante escrito del 15 de junio de 2010, que obra en el expediente².

AMV formuló el respectivo pliego de cargos el 30 de agosto de 2010³. El investigado le dio respuesta mediante escrito del 24 de septiembre de ese mismo año.⁴

El 4 de febrero de 2011, la Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario puso fin a la primera instancia en el proceso. Por último, el día 21 de febrero de 2011, el investigado interpuso recurso de apelación contra dicha decisión⁵, el cual, luego de surtido el traslado respectivo a AMV, procede a resolver esta Sala de Revisión.

2. SÍNTESIS DEL PLIEGO DE CARGOS FORMULADO

AMV formuló pliego de cargos contra el señor Puerto Meléndez porque en la investigación que promovió en su contra advirtió la realización de 318 operaciones de compra y venta sobre acciones, sin autorización de su cliente y propietario de las mismas, que generaron para dicho cliente la pérdida definitiva de su portafolio.

En la imputación también se consignó que el investigado se benefició económicamente al recibir comisiones por la realización de las mencionadas operaciones.

3. DEFENSA DEL INVESTIGADO EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN DEL PROCESO

En la respuesta tanto a la solicitud formal de explicaciones, como al pliego de cargos, el investigado sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

- i) El cliente conocía las operaciones que se realizaron sobre su portafolio de inversión, pues el investigado le explicó sobre su funcionamiento y características.
- ii) El investigado recibió un mandato general y amplio de carácter verbal por parte de su cliente para "buscar la mayor rentabilidad" sobre su portafolio.

² Folios 24 a 32 de la carpeta de actuaciones finales

³ Folios 33 a 53 de la carpeta de actuaciones finales

⁴ Folios 57 a 70 de la carpeta de actuaciones finales

⁵ Folios 102 a 126 de la carpeta de actuaciones finales

- iii) El cliente estaba plenamente enterado sobre los movimientos de su portafolio, en particular porque la Firma Comisionista le enviaba periódicamente las papeletas de bolsa de las respectivas operaciones, sin expresar aquél inconformidad alguna, lo que a su juicio era muestra no sólo del conocimiento del cliente sobre dichas operaciones, sino además de la aceptación de su realización y de sus resultados.
- iv) Censuró que las quejas tanto del cliente como de la Comisionista se dieron varios meses después de la pérdida del portafolio.
- v) Cuestionó la credibilidad de la queja y de la declaración formulada por el cliente ante la firma Comisionista y frente a AMV, resaltando la existencia de presuntos yerros en su contenido. Advirtió que la investigación se sesgó en su contra, pues sólo se apoyó en las pruebas de cargo, sin analizar las que él esbozó en su defensa, entre ellas, la existencia de indicios graves en contra de “la credibilidad y objetividad” de la queja y de la declaración, derivados de contradicciones e inexactitudes que encontró en las mismas y que reiteradamente puso de presente a lo largo de la instrucción.
- vi) Igualmente, cuestionó la validez de otras pruebas aducidas por AMV en la investigación, destacando que ninguna de ellas logra desvirtuar la alegada existencia de un mandato verbal y general que le fuera conferido por su cliente.
- vii) Sostuvo, por último, que no recibió beneficios económicos producto de las operaciones censuradas en la investigación.

4. LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Decisión “1” del Tribunal Disciplinario avocó el conocimiento de la investigación disciplinaria y, según se indicó, mediante Resolución No. 1 del 4 de febrero de 2011 le puso fin a la actuación en primera instancia.

La Resolución se refirió a los siguientes aspectos de fondo:

En primer lugar, hizo una relación de las pruebas que las partes adujeron al proceso como fundamento de sus planteamientos.

Seguidamente, abordó de fondo los argumentos de la actuación, comenzando con una “consideración general preliminar” sobre la importancia de que las personas naturales vinculadas a las sociedades comisionistas de bolsa, atiendan con rigor los términos del mandato conferido por sus respectivos clientes, expresados a través de órdenes previas contenidas en medios verificables.

Apuntó, por su parte, que dicha exigencia, relacionada con la necesidad de acatar las instrucciones del mandante, se circunscribe para el mandatario, en los casos de los mandatos para la administración de valores, únicamente a la posibilidad que le asiste, bien para el cobro del capital y de los rendimientos de los títulos entregados, o ya para la

reversión de las sumas que por capital o rendimientos de los títulos del cliente cobre la comisionista.

Indicó la Sala de Decisión que en el presente caso el investigado “a través de operaciones sostenidas en el tiempo, sin mediar ninguna orden o autorización de su cliente (...) tomó unos recursos y valores que se confiaron con unos fines específicos (...) y los destinó a realizaciones por entero distintas a las expresamente permitidas”.

Precisó también la Sala de primera instancia que no está demostrado en el proceso la existencia de un mandato general y que la carga de acreditarlo está en el investigado. Tampoco está probado, sostuvo, la existencia de órdenes expresas impartidas por el cliente para la realización de las operaciones cuestionadas en la actuación disciplinaria.

Precisó también la Sala que hay elementos que permiten inferir la inexistencia de órdenes previas impartidas por el cliente.

Citó entre ellas algunas contradicciones en que incurrió el investigado, como que afirmó algunas veces que las instrucciones para la realización de las operaciones las recibió en reuniones sostenidas con el cliente, mientras que en otras sostuvo que recibió del mismo un mandato general para operar por cuenta suya. Remitió también a la carta de compromiso que obra en la actuación, con fecha posterior a la realización de operaciones repo. Aludió, de igual manera, al informe de auditoría interna de BBBB, que concluyó que el investigado realizó operaciones sin autorización del cliente. (Sobre tales elementos de juicio volverá esta Sala más adelante).

Por otro lado, formuló el a quo algunas consideraciones puntuales en relación con la presunta existencia de indicios graves, particularmente derivados de la declaración y la queja del cliente, que a juicio del investigado evidenciarían el conocimiento de éste último en relación con las operaciones irregulares y la aceptación de sus resultados. Concluyó al respecto que a pesar de la existencia de algunas imprecisiones “adjetivas” derivadas de dichas piezas probatorias, estaba probada “la hipótesis fundamental de esta actuación disciplinaria, que es la destinación del portafolio del cliente a finalidades ajenas al contrato de mandato (...) y la ausencia de órdenes” en la realización de las operaciones cuestionadas en la actuación.

Por último, la Sala de Decisión dedujo la existencia de beneficios económicos que a su juicio percibió el investigado, por la obtención de comisiones derivadas de la realización de las operaciones analizadas en la actuación disciplinaria.

5. EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL INVESTIGADO

El señor Puerto Meléndez interpuso en tiempo recurso de apelación contra la Resolución de primera instancia.

Los argumentos principales del recurso se agrupan en tres grandes capítulos:

En el primero alude a una vulneración de su derecho de defensa, sustentada en tres planteamientos que a su juicio darían lugar a una declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria, desde la solicitud formal de explicaciones, inclusive:

En primer lugar, alegó una “falta de determinación de la norma aplicada” (sic), producto de que AMV imputó en su contra la trasgresión de dos normas (artículos 36, literal A) y 36.1 del Reglamento de AMV) “al mismo tiempo”, situación en que la primera instancia, a su juicio, no reparó.

Seguidamente, argumentó la existencia de una “nulidad por falta de motivación de la norma” (sic), sustentada en el hecho según el cual se le sancionó, de manera genérica e indeterminada, por la trasgresión de algunos “principios” consignados en tales normas.

Finalmente, manifestó una “incongruencia entre el pliego de cargos y la resolución impugnada”. Sostuvo para el efecto que en la imputación de cargos no se adujo trasgredida ninguna norma contenida en la Resolución 400 de 1995, como erróneamente a su criterio se hizo en la resolución de primera instancia.

En el segundo capítulo, denominado “falta de valoración integral de la prueba”, el recurrente retomó el análisis de la queja y de la declaración rendida por el cliente, para concluir que cuanto allí está contenido no es veraz. Indicó el apelante que “La Sala, en el fallo impugnado, se limita a señalar como hechos ciertos” las afirmaciones del mencionado cliente “sin realizar un análisis global de la totalidad de las pruebas obrantes en el proceso, que permita un discernimiento claro y contundente de los hechos, para establecer la verdad”.

Indicó que en el proceso seguido en su contra hay una “ausencia probatoria, que no puede ser tomada en contra del disciplinado” y señala que AMV no logró desvirtuar su afirmación en el sentido de haber recibido del cliente, de manera verbal y presencial, un mandato general, “hecho este último que si bien no se encuentra demostrado mediante un documento, tampoco puede ser desvirtuado de plano por la Sala de Decisión, e imponerme además la carga de la prueba”.

Finalmente, dentro de este mismo grupo de argumentos del recurso, el apelante cuestionó la conclusión de la primera instancia, según la cual el investigado recibió beneficios económicos, vía comisiones. Alegó que esa recepción de beneficios no está acreditada dentro del proceso y que, por el contrario, no recibió “ningún provecho” por las operaciones cuestionadas.

En el tercer grupo de argumentos, denominado “la pena y su tasación”, formuló el recurrente varios planteamientos:

Alegó que en la primera instancia se aplicó en su contra una responsabilidad objetiva “por cuanto no se determinó el grado de culpabilidad con el que supuestamente [actuó], por lo que cualquier sanción que se imponga deviene en arbitraria y por ello inconstitucional”.

Sostuvo también que en aplicación del principio de legalidad en las actuaciones disciplinarias, nadie puede ser sancionado por faltas que no estén previstas como tales “y por la pena que ellas determinen”. En este

caso en particular, indicó, "el autorregulador puede aducir la comisión de una falta que está contemplada como tal, pero lo que no puede es proceder a imponer la sanción definida para ella (...) porque el reglamento no indica la consecuencia de la misma" (sic).

Adujo, a su turno, que en la resolución recurrida no se explican las razones por las cuales se le impuso la máxima sanción prevista en el Reglamento de AMV.

Finalmente, cuestionó en el recurso que, a su juicio, se hubiera sustentado la sanción impuesta en su falta de colaboración efectiva con la investigación. Censuró entonces que se le juzgara por su comportamiento procesal a lo largo de la actuación disciplinaria e indicó que la Sala de Decisión no podía "creerse con derecho a definir cómo tenía que aconductarse (sic) dentro del proceso".

6. RESPUESTA DE AMV AL RECURSO INTERPUESTO POR EL INVESTIGADO

De conformidad con lo establecido en el artículo 87 del Reglamento de AMV, la Dirección de Asuntos Legales y Disciplinarios del Organismo se pronunció sobre las alegaciones expuestas en el recurso de apelación formulado por el investigado, remitiéndose para el efecto a los argumentos expuestos a lo largo de la instrucción del proceso, enfatizando en aquellos que guardan relación más estrecha con los planteamientos agrupados del recurso, según viene de indicarse. Con relación a éstos últimos, AMV expresó, en síntesis, lo siguiente:

Frente a la pretendida violación al Derecho de Defensa, sostuvo que al imputar los cargos, AMV tuvo en cuenta la aplicación del principio según el cual las sanciones deben fundamentarse en las normas vigentes al momento de ocurrencia de los hechos, de forma que, según su criterio, las normas que se adujeron violadas con la conducta del investigado no fueron aplicadas de manera simultánea.

Con respecto a la concreción de los principios que el investigado pudo haber desconocido con la conducta, indicó AMV que el señor Puerto "trasgredió todos los deberes expuestos en las normas que se imputaron como violadas".

En relación con la presunta incongruencia entre el pliego de cargos y la resolución impugnada, planteó que la mención a la Resolución 400 de 1995 es un aspecto "más formal que material, habida cuenta de que en las conclusiones y parte resolutive de la decisión no se atribuye responsabilidad alguna del investigado por la violación de dicho artículo". Manifestó que en ningún caso la mención de la Sala de Decisión a dicha Resolución incide en la defensa que el señor Puerto Meléndez hace frente a los hechos concretos que se le imputaron".

En cuanto se relaciona con el argumento de la falta de valoración integral de la prueba, AMV destacó que el análisis probatorio efectuado dentro de la investigación adelantada contra el señor Puerto Meléndez, y luego, a su juicio, en la primera instancia, "atendió principios constitucionales y valoró

racionalmente el material a su alcance, sin perder nunca de vista los derechos del investigado”.

Con respecto al tema de la recepción de comisiones por parte del investigado, sostuvo AMV que esos beneficios estaban acreditados tanto con la declaración rendida por la Directora de Control Interno de BBBB S.A. para la época de los hechos investigados, como en un oficio dirigido por dicha firma comisionista, con destino al expediente, a propósito de la solicitud que en tal sentido le hiciera el Instructor del proceso.

En relación con la aplicación de responsabilidad objetiva dentro de la actuación disciplinaria, AMV indicó que no era necesario calificar la conducta como dolosa o culposa, “sino más bien como voluntaria por parte del investigado, quien como profesional del mercado de valores debió contar con las órdenes para actuar por cuenta de sus clientes”.

Con respecto a la aplicación del principio de legalidad, AMV sostuvo que es el Tribunal Disciplinario quien de forma independiente y autónoma evalúa la procedencia de los cargos formulados por AMV y determina, si es el caso, las sanciones que correspondan a las infracciones cometidas por el investigado, las cuales, “lejos de ser discrecionales y arbitrarias como lo indica el recurrente, se fundamentan en unos principios específicos, que son analizados en atención a los hechos de cada caso a cargo del Tribunal, como ocurrió en el presente proceso”.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA DE REVISIÓN

7.1 Competencia

De acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 98 del Reglamento de AMV, es función de la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de primera instancia.

7.2. La conducta imputada al investigado está suficientemente probada en la actuación disciplinaria.

Como se imputó en la formulación de cargos, la presente decisión considera la celebración de 318 operaciones de compraventa sobre acciones, realizadas por el investigado entre el 6 de febrero de 2008 y el 18 de febrero de 2009, así como en la realización de 4 operaciones repo activos y 20 de repos pasivos, entre el 11 de febrero de 2008 y el 31 de octubre de ese mismo año, sin que se encontrara evidencia sobre la existencia de órdenes impartidas de manera comprobable, expresa y previamente, por el respectivo cliente, situaciones que a juicio de AMV configuran un exceso de mandato por parte del señor Puerto Meléndez , con grave desmedro para los intereses del cliente

Para la Sala, resulta de particular relevancia destacar que el exceso de mandato reprochado en la investigación por la realización de tales operaciones sin la mencionada orden y, en general, por el manejo del portafolio de inversiones del cliente sin su autorización previa y verificable, está suficientemente acreditado en el expediente, con el reconocimiento

expreso del investigado y con otras evidencias que se relacionan a continuación.

En efecto, el propio investigado reconoció la inexistencia de órdenes para la realización de las operaciones por cuenta del cliente, así:

A folio 6 y 7 de la respuesta a la solicitud formal de explicaciones, manifestó: “En lo referente a la afirmación realizada por AMV (...) que señala que en desarrollo de la investigación adelantada no se encontró evidencia alguna acerca de la existencia de órdenes impartidas por el cliente para la realización de las operaciones relacionadas en los cuadros 1 y 2, **ES CIERTO** (...) Hecho que una vez negado por [el cliente] no existe manera alguna de probar, además de ser la palabra de él contra la mía”. (Negrillas fuera del texto original).

De igual manera, a folio 18 del recurso de apelación, el investigado vuelve a reconocer la inexistencia de tales órdenes. Allí, manifiesta que “(...) el cliente me impartió en el mes de enero de 2008, de manera verbal y presencial, un mandato general (...) **hecho éste último que si bien no se encuentra demostrado mediante un documento**, tampoco puede ser desvirtuado de plano por la Sala de Decisión e imponerme además la carga de la prueba”. (Negrillas fuera del texto original).

Es claro, en consecuencia, que el señor Puerto Meléndez identifica y acepta expresamente la conducta irregular que le fue imputada y asume por demás que la misma es reprochable disciplinariamente.

La ausencia de pruebas sobre la existencia de las mencionadas órdenes, contrario a lo sostenido en el recurso de apelación, pesa en contra del investigado, sobre quien recae la carga de acreditarlas dentro de la actuación disciplinaria.

En adición a la prueba directa representada en el reconocimiento expreso del señor Puerto Meléndez, sobre la ausencia de órdenes verificables para la realización de las operaciones cuestionadas en la investigación y a la carencia en general de medios de convicción que en relación con dicha materia el investigado tenía la carga de aportar al proceso, la Sala encuentra que en el expediente obran otros elementos de juicio que analizados conjuntamente, unos por otros, refuerzan dicho planteamiento:

En efecto, obra en el expediente⁶ la declaración del propio investigado en la que sostiene que las instrucciones le fueron impartidas a través de “muchísimas” reuniones sostenidas con el cliente en Sogamoso. Otras veces afirmó que recibió un mandato verbal y general para la realización de las operaciones cuestionadas. Sin embargo, en parte alguna de la versión que de los hechos rindiera ante AMV mencionó o dio cuenta de la existencia de órdenes previas y comprobables emanadas del cliente para la celebración de dichos negocios.

Obra igualmente la queja del cliente y su declaración ante AMV⁷, destacando la ausencia de tales órdenes. La Sala expresa que si bien es cierto a lo largo de la instrucción y en el propio recurso de apelación el investigado cuestiona la veracidad de su contenido, no tienen esos

⁶ Como anexo a la carpeta de pruebas 1

⁷ Folio 34 de la carpeta de pruebas 1 y anexo a esa carpeta, respectivamente.

reproches el alcance, ni tampoco el propósito, de desvirtuar la hipótesis central de la investigación, a la postre plenamente comprobada, acerca de la varias veces mencionada falta de las órdenes⁸. El tema de las críticas del investigado a esos y otros elementos de juicio fue abordado como un punto independiente en el recurso de apelación, razón por la cual se tratará individualmente en el capítulo 7.3.2 de esta Resolución.

Finalmente, oportuno resulta recordar que obran en el expediente otros medios de convicción, que analizados de manera conjunta y atendiendo las reglas de la sana crítica, le ofrecen credibilidad y refuerzan la conclusión sobre la ausencia de las citadas órdenes.

Destaca, en efecto, i) el informe de auditoría interna de BBBB, que concluyó que el investigado realizó operaciones sin autorización previa y comprobable del cliente⁹, ii) el documento en el cual se consignó la conciliación celebrada entre dicha firma comisionista y el cliente, en el cual se llega a la misma conclusión, como premisa y antecedente directo de la restitución del portafolio y del reconocimiento de perjuicios a favor de éste último¹⁰, iii) la declaración de la señora AAAA, Directora de Control Interno de esa misma Compañía, en la que manifiesta que el señor Puerto realizó operaciones sin autorización del cliente "que condujeron a la pérdida de su portafolio"¹¹, y iv) la terminación del contrato de trabajo del investigado en esa comisionista, en la cual se consignó expresamente que la razón de la ruptura del vínculo fue la existencia de graves hechos imputables al señor Puerto Meléndez relacionados con "el manejo del portafolio del señor (...), sobre los que [el investigado] inconsultamente y sin mediar autorización alguna por parte de él, hizo utilización de éste, ocasionando graves pérdidas"¹².

Este tipo de infracciones afecta la confianza del público en el mercado, pues los clientes suponen y esperan que el mandato conferido se ejecutará atendiendo sus instrucciones y no de manera discrecional por parte del comisionista o de la persona natural a quien éste último confía la realización del negocio. La Sala resalta que el comisionista no puede realizar negocio alguno que no haya sido previsto en el encargo de manera previa por el cliente y para cuya ejecución imparta la correspondiente orden en medio verificable.

7.3 Argumentos del Recurso de Apelación interpuesto por el investigado.

Se ocupa la Sala de los argumentos esgrimidos por el apelante contra la Resolución de Primera Instancia. Para el efecto, se pronunciará en el mismo orden en que fueron expuestos.

7.3.1. Sobre la posible violación al Derecho de Defensa y la nulidad de las actuaciones disciplinarias.

⁸ En efecto, nótese cómo, a folio 116 del recurso de apelación, el investigado reconoce que "tales contradicciones" (refiriéndose a las críticas contra la queja y la declaración del cliente) "(...) no señalan de suyo la presencia de la orden, pero son indiciarias de una intención del cliente en deformar la realidad". (Subrayado extratextual).

⁹ Folios 28 a 30 de la carpeta de pruebas 1

¹⁰ Folios 91 y 92 de la carpeta de pruebas 1

¹¹ Anexo a la carpeta de pruebas 1

¹² Folio 24 de la carpeta de pruebas 1.

Según se indicó en precedencia, el recurrente solicita la nulidad de la actuación disciplinaria desde la solicitud formal de explicaciones, inclusive, por cuenta de tres circunstancias que, a su juicio, comprometieron su derecho de defensa: i) la imputación de la trasgresión de dos normas al mismo tiempo, ii) la indeterminación de los “principios” que habría trasgredido con su conducta, y iii) la incongruencia entre el pliego de cargos y la resolución de primera instancia, en relación con las normas aparentemente desconocidas por el investigado.

Sobre el particular, la Sala de Revisión plasma sus consideraciones en el siguiente sentido:

7.3.1.1 Improcedencia de la declaratoria de nulidad parcial de la presente actuación disciplinaria.

Sea lo primero consignar el celo de la Sala en el tema del respeto a los principios del debido proceso dentro de las actuaciones que ante ella se ventilan, porque a su juicio no existe área inmune al Derecho Constitucional, cuyos preceptos nadie puede desconocer.. En ese sentido, para la Sala, cuando se vulneren las garantías consagradas en la Carta a favor de los procesados, la nulidad constitucional debe ser decretada.

En ese sentido, si bien, como se analiza a continuación, la Sala observa la existencia de algunas fallas en la formalización de los cargos y encontró, en efecto, una incongruencia entre el acto de imputación y la resolución recurrida, advierte que dichas falencias, así como las demás encontradas y que se plasmarán en esta Resolución (aunque sobre ellas no haya solicitado el recurrente una declaratoria de nulidad), se abordarán como aspectos de fondo en esta Instancia y tendrán en su momento una incidencia necesaria en la graduación de la sanción.

Sobre este particular, la Sala comparte el razonamiento que la doctrina y la jurisprudencia han consolidado en torno a las exigencias que deben concurrir para que el operador jurídico decrete la nulidad de un proceso.

En efecto, la doctrina nacional¹³ sostiene en la materia que “(...) Es necesario que la irregularidad sustancial afecte garantías de los sujetos procesales, o socave las bases fundamentales del juicio (...)”.

De igual manera, la Procuraduría General de la Nación, a través del Instituto de Estudios del Ministerio Público¹⁴, ha indicado lo siguiente:

“(...) Así, sólo procede la anulación de lo actuado en aquellos casos en que el imputado ha carecido de defensa en forma absoluta durante la actuación adelantada en su contra (...) la violación al derecho de defensa técnica que inexorablemente conduce a la invalidación del proceso es aquel absoluto estado de abandono o indefensión material o sustancial y no meramente procesal en que se deje a un imputado, de

¹³ Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett. Eduardo. EL PROCESO PENAL. Universidad Externado de Colombia. Cuarta Edición, 2002, pág. 352

¹⁴ Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen 1, Esiquio Manuel Sánchez Herrera, 2006, pág 235

donde resulta necesario no solamente que la falta de defensa sea efectiva, en el sentido señalado, sino además total, es decir, que sea ostensible y manifiesto el vacío defensivo, que conduzca a un extremo mayor e intolerable la reducción de las posibilidades de defensa y que tal mengua sea la causa determinante de un perjuicio concreto para quien la misma debe garantizarse". (Subrayado extratextual).

A su turno, sobre las exigencias que debe reunir una determinada falencia dentro del proceso para erigirse en causal de nulidad, esta Sala remite a la abundante Jurisprudencia en la materia, emanada en particular de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos (subrayados fuera de los textos originales):

El 18 de febrero de 1983, con ponencia del magistrado Alfonso Reyes Echandía, la Corte expresó:

"La nulidad planteada, ante todo, busca la sanidad del proceso y es medida extrema o heroica, que solamente puede tomarse cuando no exista otro mecanismo procesal que subsane la irregularidad cometida".

El 21 de octubre de 1986, con ponencia del magistrado Jaime Giraldo Ángel, esa Alta Corporación Judicial expresó

"(...) Por eso no puede entenderse que toda violación de la ley procedimental va a generar necesariamente una nulidad (...); para que ello ocurra es necesario, además que de la violación se derive un perjuicio concreto para alguna de las partes, o se rompa la estructura básica del proceso".

De igual manera, el 2 de marzo de 1993, con ponencia del magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, la Corte indicó:

"La nulidad es una medida extrema, que sólo puede decretarse cuando no existe otro mecanismo procesal para subsanar la irregularidad. Es decir, sólo tiene aplicación cuando el grave quebranto procesal no puede corregirse sino repitiendo parte del trámite. Las irregularidades sustanciales del proceso generalmente se corrigen rehaciendo la actuación; sin embargo, existen excepciones en las cuales el desvío, por grave que sea, puede subsanarse por otro medio procesal que no implique retorno a periodos fundamentales ya superados."

Así mismo, mediante sentencia del 5 de junio de 1981, magistrado ponente Darío Velásquez Gaviria, la Corte indicó:

"Cuando estos objetivos no se conculcan, o el vicio alcanza apenas la categoría de irregularidad o existe otro medio procesal al cual se pueda acudir para dar piso legal a la actuación debe prescindirse de decretar la nulidad".

En el caso de esta actuación disciplinaria, no advierte entonces la Sala ninguna irregularidad o anomalía de entidad suficiente que pudiera comprometer o haber comprometido el debido proceso y las posibilidades de defensa del investigado con respecto a la materia que constituyó el objeto central de la imputación, esto es, frente a la conducta de exceso

de mandato, probada en el expediente, según se consignó en el capítulo 7.2 de esta Resolución.

En ese orden de ideas, descartado para este caso en particular la declaratoria de nulidad de la actuación disciplinaria, por las razones expuestas, a continuación la Sala de Revisión analiza de fondo los tres argumentos asociados con un supuesto desconocimiento del derecho de defensa del investigado.

En primer lugar, frente al argumento de la citación simultánea de dos normas que se acusan violadas por el investigado, no encuentra esta Sala que en la resolución recurrida se haya hecho aplicación, “al mismo tiempo”, de los artículos 36, literal A y 36.1 del Reglamento de AMV. Por el contrario, advierte que cada vez que en los considerandos, e incluso en la parte resolutive de la providencia apelada se hizo mención a esas dos normas, se aclaró su respectiva vigencia.

Destaca la Sala, en todo caso, que habría venido mejor para la claridad de la imputación de los cargos y para el análisis de la primera instancia si AMV hubiera indicado en los cuadros obrantes a folios 3 al 9 del pliego de cargos (que relacionan las fechas y condiciones de celebración de las operaciones cuestionadas), cuál de las dos normas se trasgredía en cada negocio. Sin embargo, se reitera, en claro que siempre se precisó tanto en la etapa de instrucción, como en la primera instancia, la época de vigencia de dichas normas, bastaba una observación de las fechas consignadas en los mencionados cuadros para advertir, sin mayores dificultades ni trabas para la fluidez de la defensa, qué norma se violaba en cada caso.

En consecuencia, no comparte la Sala el planteamiento del recurrente según el cual se acusaron como simultáneamente violadas dos normas, fruto de lo cual, a su juicio, la primera instancia debió escoger entre una de las dos para sustentar la sanción. Para esta Sala, cada una de ellas tiene una vigencia temporalmente excluyente, y así se aclaró en la resolución recurrida, de modo que no se le sancionó en aplicación de dos preceptos al mismo tiempo. De igual manera, se destaca, que so pena de desconocerse el principio de legalidad, debe aplicarse la norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos (de la realización de las operaciones en particular), pues de lo contrario se corre el riesgo de hacer producir efectos jurídicos retroactivos o ultractivos a las disposiciones jurídicas, tesis inaceptable.

Finalmente, no encuentra acreditado el *ad quem* que se haya dificultado o “hecho nugatorio” el ejercicio defensivo, como se plantea en el recurso, como sustento de la solicitud de nulidad. A partir de reconocer la vigencia temporal de las dos normas, porque así expresamente se le aclaró en la instrucción del proceso, el señor Puerto Meléndez siempre contó con plenas posibilidades y garantías para controvertir y desvirtuar las imputaciones que se le formularon por su desatención producto de la realización de las operaciones cuestionadas.

En segundo lugar, con respecto a la falta de determinación de los “principios” que a juicio del recurrente están contenidos en los artículos 36, literal A y 36.1 del Reglamento de AMV, la Sala encuentra que le asiste razón al recurrente.

En efecto, aunque las normas indicadas no se refieren propiamente a “principios”, como lo señala el recurrente, sino, en su orden, a los “Deberes y obligaciones generales” y a los “Deberes generales en la actuación de los sujetos de autorregulación”, a juicio de la Sala resultaba conveniente, para efectos de la adecuada motivación de la imputación de cargos, así como para delimitar la materia debatida y facilitar la labor misma de juzgamiento, precisar cuál o cuáles de esos deberes fueron efectivamente desconocidos por el investigado.

La ausencia de esa determinación dificultaría de suyo la defensa del investigado, al no conocer con exactitud la norma trasgredida, por la que se le llama a responder disciplinariamente. La precisa formulación de cargos marca adecuadamente el derrotero de la actuación disciplinaria. Eso significa que, en el caso de las actuaciones disciplinarias que se adelantan en AMV, el instructor está en el deber de citar con precisión las normas transgredidas, evitando las imputaciones abstractas o generales y, en cuanto sea posible, aquellas que se apoyan de manera exclusiva en principios o en criterios y factores deontológicos o del deber ser, de forma indefinida. En caso de que estos preceptos deban ser el sustento de la formulación de un cargo, es imperativo concentrar entonces los esfuerzos en delimitar y precisar cuál o cuáles de ellos encuadran adecuadamente y con rigor en la descripción de la conducta reprochada y en explicar y motivar el concepto de su violación.

No obstante lo anterior, destaca la Sala, en el caso bajo examen, la falta de precisión de los deberes concretos a los que faltó el investigado no vició por falta de motivación¹⁵ la imputación, ni afectó de manera sustantiva, ni tornó impracticable su ejercicio de defensa. El señor Puerto Meléndez supo desde el inicio de la instrucción que se le convocó al proceso para que explicara la realización de un conjunto de operaciones, sin tener el conocimiento ni autorización previa del cliente, tipificando a juicio de AMV una conducta de exceso de mandato y un desconocimiento del investigado de los deberes generales que le asistían como sujeto de autorregulación, asociados a dicha conducta¹⁶. Advierte la Sala que la actividad de defensa del investigado, en procura de desvirtuar dicha imputación, fue por demás fluida y constante en cada una de las distintas etapas del trámite disciplinario.

Tampoco encuentra entonces la Sala demostrado en este punto una afectación ostensible al debido proceso, que haya comprometido a su vez el derecho de defensa y que amerite una nulidad del proceso, como lo solicita el recurrente.

¹⁵ La Sala encuentra útil remitir en este punto a la jurisprudencia constitucional, guardando las diferencias debidas con el proceso disciplinario de AMV, en eventos en que ha analizado cuándo se tiene por suficiente la motivación de los actos administrativos. Así, por ejemplo, en sentencia C-371 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), ante una demanda de inexequibilidad promovida contra los artículos 35 y 76 del antiguo Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional expresó:

“(...) Lo que la disposición enjuiciada contempla es un mínimo, exigible a quien profiere el acto e imprescindible para la validez del mismo, por medio del cual se asegura al particular afectado que tendrá, cuando menos, noticia sucinta sobre las razones que invoca la Administración”. (Resaltado fuera del texto original).

¹⁶ En particular, los deberes de actuar con integridad, transparencia y profesionalismo ante el cliente, a los que se hizo expresa mención a folio 15 del pliego de cargos.

En tercer y último lugar, aborda la Sala la censura denominada “incongruencia entre el pliego de cargos y la resolución impugnada”, sustentada en que la Sala de Decisión citó como violado en la providencia recurrida el artículo 2.2.7.2 de la Resolución 400 de 1995, emanada de la antigua Sala General de la Superintendencia de Valores, norma ésta que no se imputó violada en la formulación de cargos.

Examinado el tema se advierte que le asiste razón al recurrente cuando indica que AMV no imputó como violada ninguna norma de la mencionada Resolución 400 de 1995 y que por tanto el *a quo* no podía válidamente variar la imputación originalmente formulada para derivar responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de esa nueva norma, ni de ninguna otra que no hiciera parte del debate desde su etapa de investigación.

Dicha variación en la imputación puede afectar las posibilidades efectivas de defensa del investigado y lo sorprende como sujeto central de la contención disciplinaria. No cabe duda que la resolución que pone fin a la actuación en primera instancia debe circunscribirse al marco fáctico y jurídico trazado en la investigación y acotado en la respectiva formulación de cargos.

Dicha situación irregular puede y debe ser corregida y reparada en sus efectos con una nueva graduación de la sanción, en la forma como se dispondrá en esta providencia. No es procedente acudir aquí tampoco al instituto extremo de la nulidad para enmendar el error, pues como se ha indicado en otros apartes, en particular en el capítulo 7.2 de esta Resolución, a pesar de la incongruencia señalada, está demostrado fehacientemente en el proceso que ésta no fue grave, ni afectó el derecho de defensa del investigado y que la conducta reprochada al investigado por la realización de operaciones sin autorización previa y verificable del cliente sí existió y, como tal, debe reprimirse disciplinariamente, con independencia de otros factores que como éste que ahora se analiza, inciden en el ajuste de la sanción, como en efecto se dispondrá¹⁷.

7.3.2. Presunta falta de valoración integral de las pruebas.

Como se indicó, el investigado retomó los planteamientos que expusiera a lo largo de toda la etapa de instrucción, para procurar demostrar lo que en su parecer configura la existencia de algunos yerros e imprecisiones en la queja y en la declaración del cliente que, a su juicio, “relativizarían” los fundamentos de hecho de toda la actuación disciplinaria en la medida en que dichos elementos de convicción, asegura, son “la piedra angular en que, desde el inicio, se basó toda la investigación”.

¹⁷ Anota la Sala que el *a quo* consideró que el investigado pudo haber trasgredido con su conducta la previsión contenida en el inciso segundo del artículo 1271 del Código de Comercio, sobre abuso de confianza y dispuso la remisión de una copia de la providencia a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigara cuanto fuera pertinente. Esa norma no hizo parte de las imputadas en su momento al investigado, de manera que la referencia a su posible violación devenía improcedente por parte de la primera instancia.

Sobre el particular, y dejando en claro que para esta Sala se encuentra suficientemente acreditada la conducta imputada al señor Puerto Meléndez, -la realización de operaciones por cuenta de su cliente, sin su autorización previa y verificable y la ausencia de pruebas que demuestren la existencia de órdenes previas para la realización de las operaciones-, no sólo con su propia confesión, sino con el análisis conjunto e integral de otros elementos de convicción que obran en el expediente y la confirman, como se consignó en el capítulo 7.2 de esta providencia, esta Sala comparte con el recurrente que en las piezas probatorias por él mencionadas existen, en efecto, algunas contradicciones y falta de precisión en las afirmaciones del cliente.

Ciertamente, está acreditado en el proceso que, contrario a lo que sostuvo en su declaración ante AMV, el cliente autorizó no una, sino tres veces la disposición de recursos desde la cuenta a su nombre en la cartera colectiva Acorrenta, por 10, 1.09 y 5 millones de pesos¹⁸. De igual manera, está claro que, a diferencia de lo manifestado en la queja y de lo recogido en su declaración verbal, la primera consignación de dicho cliente en WWWW S.A. (hoy PPPP S.A.), el 29 de abril de 2007, no pudo tener como propósito la inversión en acciones de DDDD, pues para ese momento dicha especie no se transaba en el mercado¹⁹.

Sin embargo, tales inconsistencias en las manifestaciones del cliente no tienen, se insiste, el alcance de desvirtuar, como se indicó en el capítulo 7.2 de esta Resolución, la conclusión central de la presente investigación: que está demostrado, incluso con su propio reconocimiento explícito y con el análisis integral y de conjunto de otros elementos de convicción, que el investigado realizó operaciones sin la autorización clara, expresa y verificable del cliente.

Ahora bien, destaca la Sala que en este aparte del recurso de apelación el investigado retoma los planteamientos que expuso a lo largo de la actuación para restar mérito a las conclusiones de la investigación disciplinaria y de la sanción de primera instancia, sobre la base de dos consideraciones:

- i) Llamar la atención con respecto al tiempo que a su juicio transcurrió entre la pérdida del portafolio del cliente y la evidencia de dicha situación por parte de la sociedad comisionista y del cliente quien, afirma el investigado, recibía con regularidad sus estados de cuenta así como los comprobantes de liquidación de las operaciones efectuadas con cargo a su portafolio, y
- ii) cuestionar las razones por las cuales el cliente reclamó por una pérdida "que ya había asumido" y que la comisionista decidió restituir, e insinuar que la queja del cliente fue redactada por dicha compañía, por razones poco claras a su juicio.

Sobre el particular, se encuentran razonables los argumentos del a quo, según los cuales la responsabilidad disciplinaria no puede soslayarse por el hecho de que las conductas irregulares sean advertidas algunos meses después de ocurridas, pues lo realmente importante es que estén

¹⁸ Folios 48 y 78 a 80 de la carpeta de pruebas 1.

¹⁹ La Sala aclara que a esta actuación disciplinaria no interesan, ni hacen parte del debate, los asuntos asociados a la vinculación comercial entre el cliente y WWWW, hoy PPPP S.A.

acreditados los supuestos que configuran la conducta, como ocurre en este caso, tal como se abordó, se reitera, en el capítulo 7.2 de esta providencia.

Por esta última razón, resulta indiferente si la queja del cliente fue redactada o sugerida por terceros (el investigado no adujo tampoco ninguna prueba que así lo acreditara), para efectos de deducir su responsabilidad disciplinaria por la conducta probada. Tampoco encuentra pertinente para ese propósito cuestionarse sobre las razones por las cuales la Firma Comisionista repuso las acciones al cliente quejoso e indemnizó perjuicios, procedimiento éste que por demás era de esperar de su parte, como profesional del mercado, ante la pérdida comprobada del portafolio. El debate aquí es otro, como ya se expuso: la completa ausencia de pruebas fidedignas y concretas que demuestren la existencia de órdenes previas y comprobables para la realización de las operaciones y para el manejo del portafolio del cliente, a la postre extinguido, no la reacción de dicho cliente ante la pérdida, ni la forma como finalmente la comisionista solventó la situación.

De igual manera, al contrario de lo manifestado por el recurrente, no advierte la Sala que se cuente con prueba alguna en el expediente que acredite la remisión de los estados de cuenta y de los comprobantes de liquidación por parte de la Firma Comisionista, y menos de su recepción por parte del cliente; sin embargo, se reitera, ello no resta mérito ni desvirtúa tampoco la conclusión de la investigación en relación con la conducta reprochada al señor Puerto Meléndez, suficientemente probada.

Finalmente, se refiere la Sala a la carta de autorización para la celebración de operaciones Repo, que a juicio del recurrente fue firmada por el cliente y entregada a la firma BBBB S.A. con anterioridad a la celebración de las operaciones de ese tipo, relacionadas en la formulación de cargos, documento que no habría sido incorporado al expediente, "porque AMV no se interesó nunca por probar la existencia de la carta".

Sobre este particular, la Sala advierte que en el expediente está demostrado²⁰ que AMV decretó y practicó dicha prueba en los precisos términos y para los propósitos invocados por el investigado -demostrar que la realización de operaciones repo activas y pasivas señaladas en la imputación de cargos estuvo precedida de una autorización para tales efectos-.

Ciertamente, la prueba se solicitó y decretó en el siguiente sentido: "[oficiase a BBBB S.A para que remita al proceso] copia de la carta de autorización de operaciones REPO firmada por [el cliente], carta que fue suscrita y entregada en la oficina de la ciudad de Sogamoso por el referido cliente, con posterioridad a la apertura de cuenta en dicha comisionista, y que fue enviada vía correo electrónico y certificado por la secretaría de esa sucursal a la oficina principal de Bogotá (sic)". (Subrayado extra textual).

La firma comisionista BBBB S.A., a su vez, atendió el requerimiento formulado por AMV en el siguiente sentido "Adjuntamos copia de la carta (una sola) de autorización de operaciones REPO firmada por el cliente

²⁰ Folios 162 -163 y 171- 172

(...)”²¹ (Subrayado y entre paréntesis fuera del texto original). La carta que se remitió tenía vigencia desde el 1° de marzo de 2010, hasta el 1° de marzo de 2011, esto es, con posterioridad a la realización de las operaciones cuestionadas.

Por las razones expuestas no puede compartirse el planteamiento del recurrente según el cual AMV “nunca se interesó por confirmar o averiguar” la existencia de la carta, pues por el contrario, el expediente da cuenta de una realidad muy diferente: el acopio efectivo de dicha prueba y su incorporación al proceso. Por el contrario, advierte la Sala que no hay evidencia de ninguna manifestación del investigado sobre el contenido de la mencionada carta, ni de alguna petición que hubiera formulado para que se requiriera de nuevo a la comisionista en procura de la remisión de un documento adicional o distinto al que envió con destino al proceso. En ese orden de ideas, estima la Sala, no debía AMV desplegar en este punto una actividad probatoria adicional, ni hacer deducciones o inferencias sobre la existencia o no de ese medio de prueba, cuando la pieza documental requerida fue en efecto recaudada y el investigado guardó silencio en su momento sobre su contenido que, por demás, revela que, contrario a lo que afirma, no existió una autorización previa del cliente para la realización de operaciones repo activas y pasivas.

Sobre la supuesta recepción de beneficios económicos por parte del investigado, a título de comisiones.

La Sala advierte que en el expediente no está probada la recepción de beneficio económico alguno a favor del investigado, producto de las operaciones cuestionadas en la imputación de cargos.

AMV señaló en el pliego de cargos –y en la decisión de primera instancia se acogió íntegramente ese planteamiento- que “en relación con las comisiones netas devengadas por el investigado, la sociedad comisionista (...) adjuntó soportes de pagos por \$18.906.345.59 realizados al investigado durante el año 2008”. Para el efecto, se soportó en una comunicación remitida al proceso por BBBB S.A. y en los anexos a la misma (notas contables)²². Precisó también AMV en la instrucción que, de acuerdo con la revisión efectuada al sistema de la Bolsa de Valores de Colombia, el valor de comisiones cobrado al cliente por la mencionada firma comisionista ascendió a \$28.033.195.00.

Sin embargo, advierte la Sala que en los mencionados anexos no existe evidencia de cifra alguna recibida por el señor Puerto Meléndez por el específico concepto de comisiones relacionadas con este caso en concreto. Como lo hace notar el apelante, sólo existen en dichos documentos algunas notas de registros contables que indican “préstamos a Jairo Puerto”. Tampoco es claro el porcentaje de esos \$18.906.345.59 que habría recibido el investigado por comisiones del año 2008, originadas en las operaciones cuestionadas en esta actuación. No hay cómo saber cuánto de los \$28.033.195.00 recibidos por la firma comisionista corresponden efectivamente al implicado.

²¹ Folios 186 y 187 de la carpeta de pruebas 1

²² Folios 189 a 196 de la carpeta de pruebas 1

No está demostrada en el proceso la recepción de beneficios económicos por parte del investigado por concepto de las operaciones censuradas. No comparte la Sala la remisión que para darlos por acreditados hizo AMV –a la declaración rendida por la Directora de Control Interno de BBBB S.A.²³, quien manifestó que los funcionarios comerciales de la comisionista obtenían el 40% del valor de las comisiones por las operaciones realizadas. El reparto de beneficios al que hizo mención dicha declarante sólo suele concretarse cuando el trader cumple con su punto de equilibrio, análisis que no se hizo en la investigación, lo que resta mérito a cuanto allí se afirmó sobre el reparto de comisiones entre la firma y el investigado.

Para casos como el presente, considera la Sala que resulta más técnico y pertinente acudir a pruebas directas para confirmar o desvirtuar la conducta, en particular a la contabilidad de la firma comisionista donde, de existir, debieron quedar consignados los pagos efectuados al investigado por concepto de las operaciones controvertidas. En eventos como el que se analiza, debe acudirse, inclusive oficiosamente, a las fuentes directas de la información, haciendo valer sus prerrogativas y herramientas como autoridad de supervisión y disciplina.

7.3.3 Argumentos del recurso asociados a la pena impuesta y a su tasación.

Como se indicó, el investigado cuestiona la supuesta aplicación en su contra de un régimen de responsabilidad objetiva, por cuanto, según su opinión, en la actuación disciplinaria no se precisó el grado de culpa con el que eventualmente actuó.

La responsabilidad disciplinaria, expone la Sala, en el sistema de autorregulación, se sustenta en el incumplimiento de las normas que rigen el mercado de valores.

En doctrina reciente, incorporada en la Resolución No. 8 del 8 de noviembre de 2010 (ratificada en Resoluciones 5 y 6 del 27 de mayo de 2011), se expresa que la responsabilidad disciplinaria se estructura a partir del incumplimiento de deberes u obligaciones legales o reglamentarios, por quienes estén llamados a atenderlos²⁴ y, por supuesto, dentro de un marco de respeto absoluto del derecho de defensa del investigado, quien en todo caso podrá hacer valer y probar cuanto estime conveniente para sus intereses (acreditando la existencia de una causa extraña,

²³ Anexa a la carpeta de pruebas 1

²⁴ El artículo 24 de la Ley 964 de 2005, dispone que la autorregulación comprende el ejercicio de las siguientes funciones: "(...) c) **Función disciplinaria: Consistente en la imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación**".

En el mismo sentido, el artículo 21 del Decreto 1565 de 2006, compilado por el artículo 11.4.3.1.5 del Decreto 2555 de 2010, señala, a propósito de la función disciplinaria de los organismos autorreguladores, que: "**La función disciplinaria de los organismos de autorregulación consiste en la investigación de hechos y conductas con el fin de determinar la responsabilidad por el incumplimiento de las normas del mercado de valores, de los reglamentos de autorregulación y de los reglamentos de las bolsas de valores, de los sistemas de negociación y de los sistemas de registro, iniciar procesos e imponer las sanciones a que haya lugar**".

En concordancia con lo anterior, el artículo 56 del Reglamento de AMV, dispone que el proceso disciplinario tiene como finalidad determinar la responsabilidad **por el incumplimiento de la normatividad aplicable**.

desconociendo la violación del precepto normativo, o acreditando su diligencia), lo que en el presente caso no ocurrió, puesto que el investigado no dice haber actuado por fuerza mayor o caso fortuito, ni en el expediente hay evidencia de ello.

En ese sentido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.6 del Reglamento de AMV, las personas naturales vinculadas a la Comisionista deben asegurar que las obligaciones impuestas por la normatividad aplicable a ellas y a los miembros sean observadas. En el caso materia de estudio, el investigado, en su calidad de profesional en la actividad de intermediación de valores, no podía realizar negocio alguno que no hubiera sido previsto y autorizado por el cliente de manera expresa, clara y comprobable, so pena de exceder el mandato que le fuera conferido, al realizar operaciones que su mandante no dispuso celebrar.

El argumento del recurrente según el cual en la presente actuación disciplinaria se desatendió el principio de culpabilidad no resulta de recibo, si se tiene en cuenta que lo que se cuestionó al investigado fue su omisión al deber de un profesional de la intermediación de valores de cumplir con el ordenamiento jurídico vigente para la correcta ejecución del mandato conferido, independientemente de si su querer o su intención era o no apartarse de la normativa aplicable, esto es, al margen de las motivaciones subjetivas que lo impulsaron a contrariarla. Advierte igualmente la Sala que, a lo largo de todo el trámite disciplinario, el señor Puerto Meléndez contó con la plena garantía de defensa, en procura de desvirtuar la ocurrencia de la conducta o de demostrar la existencia de algún eximente de responsabilidad en su favor, lo que no ocurrió.

Por otro lado, como también se indicó, el investigado sostuvo que el Tribunal Disciplinario de AMV no puede, sin violar el principio de legalidad, imponer sanciones en su contra porque, según su criterio, el Reglamento del Autorregulador "no indica la consecuencia" por la comisión de una falta disciplinaria.

En relación con este aspecto, basta con resaltar que de acuerdo con lo previsto en el Título Noveno del Libro Tercero del Reglamento de AMV²⁵, al Tribunal Disciplinario del Autorregulador le asiste la función de juzgamiento de los casos que lleguen a su conocimiento, la cual ejerce atendiendo unos principios consignados en el artículo 80 *ibídem* y que puede traducirse, de ser el caso, en la imposición de alguna de las sanciones contempladas en el artículo 81 de esa misma normatividad, para lo cual, a su vez, deben ser activados los criterios de graduación de sanciones, previstos también en su artículo 85.

En el asunto bajo estudio, no existe entonces ninguna violación al principio de legalidad, pues formalmente las sanciones impuestas en primera instancia son de las que el mencionado Reglamento habilita imponer por parte del Órgano de Decisión, cuando encuentra alguna violación a los normas del mercado, y sopesando la gravedad de los hechos y de la infracción, los perjuicios causados con la misma, los antecedentes del investigado y las demás circunstancias que a su juicio fueren pertinentes, como criterios orientadores de la actividad disciplinaria, según lo consignado en el artículo 85 ya mencionado.

²⁵ En armonía con lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 1565 de 2006.

De otro lado, destaca la Sala que en este aparte del recurso formula el investigado un cuestionamiento a la graduación de la sanción que se impuso en primera instancia, la cual encuentra en su parecer "desproporcionada" para la conducta imputada. A juicio del recurrente debería reservarse la imposición de la máxima sanción para castigar conductas "razonablemente más peligrosas y lesivas de los intereses del mercado".

La Sala estima que, en efecto, la cuantía y nivel de una sanción disciplinaria debe responder a la gravedad y afectación de la conducta evidenciada, al daño causado y guardar además correspondencia con los precedentes que el Autorregulador haya utilizado y tenga establecidos frente a situaciones similares, atendiendo por supuesto las especificidades propias de cada caso. Para la sanción también debe considerarse, como lo consigna el Reglamento de AMV, los antecedentes del investigado y, en general, toda circunstancia probada y pertinente a juicio de la Sala, para propender por una solución materialmente equilibrada y justa frente al investigado.

No encuentra la Sala de Revisión que en el caso en estudio se haya atendido a esos criterios que vienen de relacionarse; por el contrario, advierte que la sanción recurrida fue muy severa respecto del caso materia de investigación y posterior sanción.

En efecto, las sanciones más graves, como la expulsión del mercado, deben estar consecuentemente reservadas para conductas de ese mismo talante y características.

Los precedentes disciplinarios en AMV precisamente dan cuenta de que la sanción de expulsión se ha impuesto en casos de defraudación (Resolución 8 de 2009 de la Sala de Revisión), utilización indebida de recursos y de títulos de los clientes (ATA 82 de 2009 y 97 de 2010), incumplimientos graves al deber de lealtad en provecho propio o de terceros (ATA 61 de 2008), entre otras graves conductas.

Pero la conducta de exceso de mandato no se ha castigado nunca de manera tan severa.

En ese orden de ideas, para efectos de determinar si se mantiene o modifica la sanción impuesta al investigado, la Sala estima conveniente remitir a los precedentes en materia disciplinaria por conductas asociadas a excesos de mandato.

Al realizar un análisis detallado y suficientemente representativo de precedentes sancionatorios de AMV en dicha materia, tomó una muestra de ocho casos²⁶ y examinó, entre otros aspectos, i) las conductas sancionadas, ii) El número de operaciones en exceso de mandato, c) el número de clientes afectados con las conductas, d) el tiempo durante el cual se extendieron los excesos, e) las pérdidas generadas con la conducta, y finalmente, f) la sanción impuesta.

²⁶ Radicado No. 01-2009-116, decidido en el Tribunal Disciplinario en una sola Instancia, pues no fue recurrido, hoy en día ejecutoriado; los ATA 71 de 2008 y 73, 79, 85 y 86 de 2009 y las Resoluciones 09 de 2010 y 01 de 2011, ambas de la Sala de Revisión

En seis de los casos estudiados, que tienen similitud con la presente investigación, a pesar de que las sanciones concluyeron con la suscripción de ATA y que ello aparejó la concesión de rebajas, se advirtió que las mismas conductas se reprimieron de forma significativamente más indulgente o benigna a como ocurrió en el caso ahora en estudio, en primera instancia. En esos seis casos se castigó a los infractores con suspensiones entre tres y cinco meses y la imposición de multas entre 1.6 y 12 millones de pesos, multa que se aplicó cuando se comprobó la recepción de beneficios económicos directos por parte del investigado.

De acuerdo con el análisis de antecedentes que efectuó la Sala, sumadas las seis sanciones, se llegó a una suspensión de quince meses.

En los otros dos casos analizados (Resoluciones 09 de 2010 y 01 de 2011 de la Sala de Revisión), se constató la ocurrencia de hechos graves en términos de la extensión en el tiempo del exceso del mandato y de las pérdidas generadas a los portafolios de los clientes. En el segundo de ellos, inclusive se comprobó la existencia de medios reprochables de los que se sirvió la investigada para la realización de la conducta. Sin embargo, la sanción finalmente impuesta fue de suspensión de seis meses y multa de doce millones de pesos, en el primero, y de doce meses y veinte millones de pesos, en el segundo.

De esta confrontación, concluye la Sala que la sanción impuesta en primera instancia al señor Puerto Meléndez no guarda simetría con los precedentes sancionatorios de AMV en la materia de excesos de mandato, conducta que resulta similar en todas las providencias materia de análisis. Advierte la Sala que no consta en la Resolución recurrida que para aplicar la sanción se hubiera tenido en cuenta la inexistencia de antecedentes disciplinarios en el investigado, circunstancia a la que deben agregarse dos situaciones adicionales: que no está demostrada la existencia de un beneficio económico personal y que la "falta de colaboración en el proceso" no puede acogerse como un agravante. Asunto diferente es que la colaboración del investigado en la actuación disciplinaria constituya un atenuante de responsabilidad. No hacerlo, y por el contrario, sostener legítimamente su punto de vista en la defensa, no debe ser considerado como un agravante.

Advierte la Sala, que el presente caso tiene un elemento diferenciador con los precedentes analizados sobre excesos de mandato, en tanto aquí, se produjo una extinción del portafolio del cliente, valorado en el ya referido informe de auditoría de BBBB S.A. en alrededor de noventa y ocho millones de pesos, , en enero de 2008. Tal situación de pérdida del portafolio no fue evidenciada en ninguno de los ocho casos evaluados como precedentes, pues el análisis en esas actuaciones se concretó a constatar la realización de operaciones no autorizadas por los respectivos clientes, sobre porcentajes menores de tales portafolios. Tal aspecto debe ser considerado como un agravante de la responsabilidad, al que se suma la prolongación de la conducta en el tiempo, que abarcó más de un año.

Para efectos de la graduación, la sanción debe oscilar en los rangos establecidos en los dos más recientes antecedentes estudiados (Resoluciones 09 de 2010 y 01 de 2011 de la Sala de Revisión). Para la Sala resulta suficientemente disuasoria, proporcional, y enmarcada dentro de los precedentes referidos una sanción similar a la impuesta mediante Resolución 01 de 2011 de esta Sala, excluyendo por supuesto la multa que

en ésta última también se impuso, en consideración a que en el caso del señor Puerto no está probada la recepción de beneficios económicos.

En mérito de todo lo expuesto, la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia, AMV, integrada por los doctores Stella Villegas de Osorio, Presidente, Roberto Pinilla Sepúlveda y Pedro José Bautista Moller, previa deliberación sobre el tema en las reuniones del 23 y 31 de marzo y 26 de abril de 2011, por unanimidad,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el Artículo Primero de la Resolución No. 1 del 4 de febrero de 2011 de la Sala de Decisión "1" del Tribunal Disciplinario, por la que se impuso al investigado la sanción de expulsión y multa de veintidós millones cuatrocientos veintiséis mil quinientos cincuenta y seis pesos, moneda corriente, la cual se reduce en el siguiente sentido:

"Imponer a JAIRO PUERTO MELÉNDEZ una sanción de SUSPENSIÓN de DOCE MESES, en los términos del artículo 83 del Reglamento de AMV, por el incumplimiento de los artículos 1266 del Código de Comercio; 36 literal A) del Reglamento de AMV, vigente para la época de los hechos, hasta el 6 de octubre de 2008, 36.1 del Reglamento de AMV, vigente para la época de los hechos desde el 7 de octubre de 2008, y 5.2.2.1 del Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente resolución".

ARTÍCULO SEGUNDO: REVOCAR el Artículo Cuarto de la mencionada Resolución No. 1, que ordenó:

"DISPONER la remisión de una copia de la presente Resolución a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para que se investiguen las conductas en las que incurrió el señor JAIRO ALFONSO PUERTO MÉLENDEZ y se determine si con ellas se transgredió algún bien jurídicamente tutelado por el Ordenamiento Penal".

ARTÍCULO TERCERO: ADVERTIR al señor JAIRO PUERTO MELÉNDEZ que contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: INFORMAR, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 29 de la Ley 964 de 2005 y el artículo 27 del Decreto 1565 de 2006, a la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la decisión adoptada, una vez ésta se encuentre en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA VILLEGAS DE OSORIO
PRESIDENTE

JOSÉ YESID BENJUMEA BETANCUR
SECRETARIO